

La protection diplomatique

Né de la pratique des Etats, la protection diplomatique est une construction originale, abondamment théorisée, qui a pour effet de rattacher aux sujets de droit international les dommages subis par des personnes n'ayant pas cette qualité. Ce mécanisme relève d'une fiction juridique et permet à l'Etat national de dessaisir de diverses façons la personne privée s'estimant lésée dans ses droits sur le territoire d'un autre Etat, et d'internationaliser le dommage privé (I). L'exercice de cette protection diplomatique est cependant soumis à des conditions restrictives qui limitent sensiblement la place de l'individu dans ce contentieux, mais qui tendent à s'assouplir au bénéfice d'une meilleure protection des droits de l'homme (II).

I. La protection diplomatique est un mécanisme de droit commun qui permet de substituer un Etat, personne capable d'intenter une action internationale, à une personne privée qui n'a pas cette capacité et qui a subi un dommage sur le territoire d'un autre Etat

A. La théorie de la protection diplomatique permet de poursuivre la réparation de dommages médiats subi par un Etat par les voies non-contentueuse et contentueuse

➤ Un Etat peut subir des dommages immédiats et des dommages médiats au nom desquels il peut intenter une action internationale contre l'Etat sur le territoire duquel le dommage a été commis afin d'en demander réparation :

- Le dommage immédiat frappe l'Etat lui-même, matériellement ou juridiquement, soit dans son chef soit dans celui de ses agents agissant comme tel. Le préjudice ressenti par l'Etat est alors direct. Il peut être le fait, par exemple : d'une offense à son drapeau, d'une mise à sac d'une de ses ambassades, d'une invasion de son territoire, d'une pollution de sa mer territoriale, du refus de lui accorder l'immunité de juridiction devant les tribunaux internes d'un autre Etat.
- Par opposition, un **dommage** est « **médiat** » pour un Etat lorsqu'il frappe l'un de ses ressortissants, personne privée physique ou morale. **Le dommage ressenti par la personne privée pourra alors, à certaines conditions (voir infra), être considéré par l'Etat national de cette personne comme immédiatement subi par lui-même**. C'est sur ce type de dommages que s'est construit la théorie de la protection diplomatique. L'Etat, sujet de droit international, se substitue selon cette règle à une personne privée qui se trouverait en position de victime incapable d'obtenir réparation de son dommage dans l'ordre international dont elle n'est pas sujet. L'Etat peut, de cette façon, intenter une action internationale pour demander réparation du dommage.

➤ L'Etat se voit donc reconnaître, par le droit international, le droit d'assurer la protection de ses nationaux à l'étranger. Cette protection diplomatique peut prendre deux formes :

- une **protection diplomatique non contentueuse** : elle est essentiellement exercée par les agents diplomatiques et les agents consulaires à l'égard des nationaux dont l'Etat estime qu'ils n'ont pas bénéficié des garanties auxquelles ils pouvaient prétendre de la part des organes de l'Etat de séjour. Il s'agit d'une action diplomatique, non juridictionnelle.
- une **protection diplomatique contentueuse** : celle-ci s'exerce lorsqu'un particulier a subi sur le territoire d'un Etat étranger un préjudice en raison du **non-respect par les organes de cet Etat des obligations de protection que lui impose le droit international**. L'individu doit tenter d'obtenir réparation en s'adressant aux tribunaux internes de l'Etat territorial, mais s'il s'avère qu'aucune de ces voies ne lui a permis d'obtenir satisfaction, alors son Etat de nationalité peut exercer à son égard sa protection diplomatique contentueuse.

B. Le mécanisme de la protection diplomatique renouvelle le litige, car l'endossement d'un dommage privé par l'Etat modifie la nature de la demande de réparation, laquelle devient internationale et interétatique

➤ L'endossement des réclamations privées par l'Etat de la nationalité des demandeurs paraît justifié au regard de leur situation précaire dans l'ordre international : en effet, les particuliers n'ayant pas d'action internationale, il ne reste à l'individu lésé dans ses droits que la voie du recours aux autorités - juridictionnelles ou autres - internes de l'Etat territorial, auxquelles il a normalement accès en vertu du **principe d'égalité de traitement**. Or, si les organes internes ne lui accordent pas satisfaction alors qu'il estime avoir droit à une réparation, et quand bien même sa prétention serait fondée en droit, l'individu lésé n'a plus d'autres recours possible. C'est pour ce cas de figure que la protection diplomatique a été instituée : elle n'est, au fond, qu'un **artifice juridique par lequel un Etat « endosse » la réclamation individuelle de son national** et lui permet de faire valoir ses droits. Une telle primauté de la compétence personnelle sur la compétence territoriale se rencontre surtout en matière d'immunités diplomatiques et consulaires.

➤ La substitution de personne opérée par le mécanisme de l'endossement entraîne une **novation du litige**, c'est-à-dire une modification du statut de la réclamation individuelle initiale. Ce changement est parfaitement résumé par la sentence de la CPJI dans son arrêt du 30 août 1924, affaire *Mavrommatis* : l'Etat, « *en pre-*

nant fait et cause pour l'un des siens, fait valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international ».

Deux aspects de la réclamation changent :

- L'Etat protecteur, en se substituant purement et simplement au particulier, transforme le simple rapport entre ce dernier et l'Etat territorial en une **relation juridique interétatique** ;
- La solution du litige ne relève plus d'un problème de droit interne de l'Etat territorial, mais d'une **question de droit international**. L'atteinte aux droits de l'individu protégé est examinée à la lumière d'un droit considéré comme impartial : le droit international, en particulier les règles internationales relatives au statut des étrangers.

II. La protection diplomatique est une prérogative souveraine de l'Etat dont la mise en œuvre est soumise à certaines conditions restrictives, mais par l'assouplissement desquelles ce droit est devenu progressivement un instrument de protection des droits de l'homme

A. La place de l'individu dans le contentieux de la protection diplomatique est limitée en raison du caractère discrétionnaire de l'exercice de cette prérogative par l'Etat, et des conditions restrictives de sa mise en œuvre

Puisque, du point de vue international, la réclamation du particulier disparaît complètement derrière celle de l'Etat, il en résulte que :

- L'Etat dispose d'un **pouvoir absolument discrétionnaire** pour l'exercice de la protection diplomatique. Cela signifie que **l'Etat n'est pas obligé par le droit international** de faire usage de cette prérogative quand un national le lui demande. Il **décide en opportunité** si les nécessités de sa politique étrangère lui permettent d'endosser la réclamation individuelle. Cela signifie aussi qu'un particulier qui se serait engagé par avance envers un Etat, par exemple dans le cadre d'un contrat de concession ou d'investissement, à ne pas solliciter de son Etat national le bénéfice de la protection diplomatique, ne peut opposer cet accord à son Etat national. En effet, puisqu'en exerçant sa protection l'Etat protecteur défend son propre droit, il n'a pas à prendre en compte une telle clause de renonciation, dite « **clause Calvo** », de la part de l'un de ses ressortissants. On ne peut renoncer qu'à ce que l'on détient, or la personne privée ne détient pas le droit à la protection de son Etat - qui est une prérogative souveraine de l'Etat. Les clauses Calvo ont de ce fait toujours été déclarées nulles par la jurisprudence internationale ;
- **L'Etat réclame la réparation du dommage qu'il lui-même subi et non de celui subi par le particulier**. Cela permet à l'Etat de ne demander qu'une réparation purement symbolique alors que le particulier aurait subi un dommage matériel, ou bien, s'il préfère une réparation en argent, de ne pas la reverser à son ressortissant protégé (aucune règle ne l'y oblige).

La place de l'individu est encore restreinte dans le contentieux de la protection diplomatique dans le cas d'une succession d'Etat, dès lors que **l'Etat successeur ne peut faire prévaloir les prétentions d'un ancien ressortissant de l'Etat prédécesseur à l'encontre d'un Etat tiers** (CPJI, arrêt du 23 février 1939, affaire du chemin de fer de Panevezys-Saldutiskis, entre l'Estonie et la Lituanie).

Enfin, les **conditions de recevabilité** d'une demande de protection diplomatique (nécessaires mais jamais suffisantes étant donné le caractère discrétionnaire de l'exercice de cette prérogative) restreignent sensiblement la possibilité pour l'individu lésé dans ses intérêts de bénéficier d'une telle protection. En effet, la qualité pour agir nécessaire à un demandeur pour toute demande de ce type doit satisfaire les critères suivants :

- **La nationalité : seul en principe l'Etat national du particulier peut endosser sa réclamation**. Un Etat ne peut en effet exercer sa protection sur un particulier dans ses rapports avec les autres Etats que s'il existe un lien de rattachement suffisamment fort faisant de lui le protecteur de l'individu, justifiant l'endossement, et rendant recevable l'action internationale. Cette règle est renforcée par celles de la nationalité effective et de la nationalité continue (réclamation irrecevable si le réclamant n'a pas eu la nationalité de son Etat protecteur pendant tout la période qui sépare la réalisation du dommage de l'endossement de la demande). Les résidents même permanents d'un Etat, les apatrides, les réfugiés ne peuvent donc pas se prévaloir de la protection de cet Etat en l'absence d'un lien de nationalité. Quant à la protection des **personnes morales** (sociétés), le lien de nationalité est compris de manière restrictive, le contrôle d'une société par des actionnaires d'une nationalité particulière ne permettant pas à leur Etat national d'endosser la réclamation de la société si elle-même a la nationalité d'un autre Etat (CIJ 5 février 1970 affaire *Barcelona Traction*) ;
- **La doctrine des « mains propres »** : la personne réclamant la protection ne doit pas avoir elle-même, par sa conduite ou son comportement, contribué à la réalisation du dommage qu'elle a subi (ex : la personne qui aurait agi par négligence ou par ignorance délibérée de la législation interne de l'Etat étranger) ;
- **L'épuisement des voies de recours** : la personne privée ne peut chercher à obtenir la protection de son Etat que si elle a au préalable épuisé les voies de recours interne qui lui sont offertes par le droit de l'Etat dont elle demande réparation, et sans avoir obtenu gain de cause (voir CIJ 20 juillet 1989 *Elettronica Sicula Spa* (ELSI)).

B. Les évolutions récentes du droit de la protection diplomatique témoignent pourtant d'un assouplissement des conditions de mise en œuvre de cette règle et d'une meilleure protection des droits de l'Homme

Au niveau européen, **tout citoyen de l'Union a un droit à la protection diplomatique par n'importe quel Etat membre de l'Union dans un Etat tiers où son pays n'est pas représenté** (art. 20 TCE).

Par ailleurs, constatant qu'un grand nombre de traités et conventions reconnaissent à l'individu d'être protégé dans ses droits et libertés fondamentaux, la CIJ a développé l'idée selon laquelle ces droits, inhérents à toute personne humaine, constituent pour les Etats des obligations impératives. L'affaire *Barcelona Traction* le reconnaissait déjà : « Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à agir. Les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* ». **Les Etats se doivent donc d'assurer, envers tout individu se trouvant sur leur territoire, la protection de ses droits fondamentaux, et doivent en outre s'assurer du respect de ces droits par un autre Etat dans leurs relations internationales** (garanti par l'article 33 CEDH + Pacte de New York relatifs aux droits civils et politiques).

L'individu est reconnu comme le premier bénéficiaire des droits fondamentaux qui lui ont été attribués en sa qualité de personne humaine. La protection diplomatique devient donc, avec l'accroissement du contentieux des droits de l'homme, un **droit subjectif de l'individu** et non plus seulement une prérogative de l'Etat qui en dispose de façon discrétionnaire. Les conditions d'exercice de la protection diplomatique sont largement assouplies en matière de droits de l'homme : la condition de nationalité devient moins nécessaire, celle des mains propres disparaît et celle de l'épuisement des voies de recours perdure quoiqu'elle souffre de plus nombreuses exceptions (en cas d'inaccessibilité ou d'inefficacité d'une voie de recours, etc.).

BIBLIOGRAPHIE :

- *Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'Homme*, Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht, 2003, n°1, p. 1-36 ;
- *De la protection diplomatique à la protection des droits de l'Homme*, Revue générale de DIP, 2002, tome 106, n°3, p. 513-548 ;
- *Droit international public*, Serge Sur & Jean Combacau, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2006 ;
- *Droit international public*, Pierre-Marie Dupuy, Précis Dalloz, 8^{ème} éd., 2006 ;
- *Droit international public*, Emmanuel Decaux, Dalloz, coll. Hypercours, 5^{ème} éd., 2006.